

De IPR-bepalingen in de ALI/UNIDROIT Principles of transnational civil procedure.
Een bruikbaar model voor harmonisatie?

Dr. Xandra E. Kramer*

- *Gepubliceerd in Nederlands Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging (TCR) 2009, p. 77- 86. De paginanummers worden in de tekst weergegeven door [xx].*

In deze bijdrage worden de nog weinig onderzochte bepalingen van de ALI/UNIDROIT Principles of transnational civil procedure bekeken die relevant zijn voor het internationaal privaatrecht. Deze Principles worden afgezet tegen bestaande internationale en Nederlandse IPR-regels. Voorts wordt nagegaan in hoeverre deze Principles, waarin zowel elementen van de Civil Law als de Common Law zijn verwerkt, bruikbaar zijn voor een verdergaande internationale harmonisatie. Geconcludeerd wordt dat de Principles enkele waardevolle uitgangspunten bieden, maar dat ze te vaag zijn en, wat de bevoegdheidsbepalingen betreft, teveel van de bestaande (Europese) regelgeving afstaan, om daadwerkelijk een belangrijke rol te spelen als model voor harmonisatie.

Internationaal privaatrecht – internationale bevoegdheid - harmonisatie

[77]

1. Inleiding

De ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure van 2004 (PTCP) strekken ertoe een framework te verschaffen voor de harmonisatie van het burgerlijk procesrecht.¹ In vergelijking met eerdere projecten, met name het werk van de Commissie-Storme², bieden deze beginselen het meest veelomvattende model voor een mogelijke harmonisatie van het procesrecht, al zijn zij op enkele punten minder gedetailleerd. In tegenstelling tot de door de Commissie-Storme geformuleerde regels, die een belangrijke bron van inspiratie waren voor de opstellers van de PTCP³, zijn de PTCP in beginsel alleen bedoeld als een standaard voor de procesvoering in *transnationale* handelsgeschillen.

Naast de meer klassieke procesrechtelijke thema's, zoals de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter, het recht van hoor en wederhoor, de rol van de rechter en de partijen, behandeling binnen een redelijke termijn, het bewijs en de proceskosten, bevatten de PTCP ook regels die tot het domein van het internationaal privaatrecht (IPR) behoren. In dit kader zijn vooral relevant Principle 2 (Jurisdiction over Parties), Principle 22 (Responsibility for Determinations of Fact and Law) en Principle 30 (Recognition).

* Xandra Kramer is Universitair hoofddocent Erasmus Universiteit Rotterdam, afdeling Internationaal Privaatrecht en Privaatrechtelijke Rechtsvergelijking en rechter-plaatsvervanger Rechtbank Rotterdam.

¹ ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, As Adopted and Promulgated By The American Law Institute, At Washington, C.D., U.S.A., May 2004, and By UNIDROIT, At Rome, Italy, April 2004. Deze Principles zijn, vergezeld door de Rules of transnational civil procedure en een toelichting, in 2006 in enigszins aangepaste vorm in een boek gepubliceerd (Cambridge: Cambridge University Press 2006).

² M. Storme (red.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de L'Union européenne/Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht/Boston/Londen: Martinus Nijhoff Publishers 1994.

³ ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure 2006 (voetnoot 1), p. 3.

De PTCP hebben tot nu toe weinig aandacht gekregen, zeker in vergelijking met andere UNIDROIT regelingen, zoals de Principles of International Commercial Contracts (1994/2004).⁴ De PTCP lijken in de praktijk dan ook vooralsnog weinig invloed te hebben. Ten dele is dit inherent aan de materie. De genoemde beginselen van contractenrecht kunnen, voor zover zij concreet genoeg zijn, door partijen worden gekozen of als richtlijn bij het opstellen van een contract worden gebruikt, en door de rechter en (vooral) in arbitrale procedures worden toegepast. Een dergelijke keuze is voor bepaalde procesrechtelijke regels, althans in een procedure voor een overheidsge-recht, vooralsnog minder goed denkbaar, al moet dit niet geheel worden uitgesloten. De PTCP zijn dan ook vooral voor de wetgever bedoeld als model voor implementatie in nationale wetgeving, een verdrag, of voor de uitleg van bestaande bepalingen. Voor zover ik heb kunnen nagaan ontbreekt een meer uitvoerige bespreking van de genoemde IPR-bepalingen in de literatuur. Toch zijn deze Principles, tot stand gekomen door een samenwerking van de American Law Institute en UNIDROIT, mijns inziens een nadere beschouwing waard. Enkele beginselen raken de kern van bestaande verschillen tussen de procesrechtelijke IPR-regels, welke verschillen een verdere harmonisatie in de weg lijken te staan. Een belangrijk voorbeeld hiervan is de mislukking van het Haags project voor een wereldwijd bevoegdheids- en erkenningsverdrag, die vooral te wijten is aan een controverse tussen de Verenigde Staten en continentaal Europa. Ook met betrekking tot de toepassing van vreemd recht bestaan verschillen tussen de Common Law landen en de Civil Law landen.

In deze bijdrage worden de PTCP besproken die van belang zijn voor het IPR, en in het bijzonder de genoemde Principles 2, 22 en 30 betreffende de internationale bevoegdheid, de toepassing van buitenlands recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse beslissingen. Zij worden bekeken in de context van de bestaande IPR-regels en vervolgens wordt nagegaan in hoeverre de PTCP een bruikbaar model zouden kunnen zijn voor een verdergaande harmonisatie op het gebied van het IPR. Waar relevant wordt ook aandacht besteed aan de Rules of [78] Transnational Civil Procedure, zoals die in 2006 tezamen met de PTCP werden gepubliceerd.⁵ Hierin worden de PTCP op enkele punten geconcretiseerd en geïllustreerd. De Rules zijn echter niet formeel vastgesteld door de ALI of door UNIDROIT, en hebben dus geen officiële status.

2. Het IPR en de PTCP

2.1 Reikwijdte van de PTCP

De PTCP zijn van toepassing in transnationale handelszaken ('transnational commercial disputes'), en reeds om die reden vanuit IPR-perspectief interessant.⁶ De toelichting vermeldt dat het instrument waarmee de PTCP geïmplementeerd kunnen worden, nader dient aan te geven hoe dit begrip uitgelegd moet worden.⁷ In de bestaande IPR-regelingen wordt doorgaans niet aangegeven wat onder een internationaal of grensoverschrijdend geschil moet worden verstaan.⁸ Een transnationaal

⁴ De meeste bijdragen verschenen in de door UNIDROIT zelf uitgegeven *Uniform Law Review* 2001-4 en 2004-4. Zie in Nederland R.R. Verkerk & R. Verkijk, 'Principles of transnational civil procedure, vanuit een Nederlands perspectief', *NTBR* 2006, p. 212-223.

⁵ Zie voetnoot 1.

⁶ Een algemene bepaling, voorafgaande aan de Principles, getiteld: 'Scope and Implementation' luidt als volgt: 'These Principles are standards for adjudication of transnational commercial disputes. These Principles may be equally appropriate for the resolution of most other kinds of civil disputes and may be the basis for future initiatives in reforming civil procedure'.

⁷ Comment P-B.

⁸ Zie wel art. 3 van de Europese betalingsbevelprocedure (EBB-Vo) en art. 3 van de Europese procedure voor geringe vorderingen (EPGV-Vo), zie hierover X.E. Kramer, *Eenvormige Europese procedures voor de inning van vorderingen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 4.

geschil is, aldus de toelichting bij de PTCP, in het algemeen een geschil dat niet uitsluitend in eenzelfde staat opkomt of dat betrekking heeft op partijen die niet afkomstig zijn uit eenzelfde staat.⁹ In Rule 2.1 wordt het transnationale karakter nader uitgewerkt als een geschil 1) dat betreft partijen afkomstig uit verschillende staten, waarbij de gewone verblijfplaats bepalend is voor een natuurlijk persoon en de hoofdvestiging voor een bedrijf of rechtspersoon; 2) dat betreft zaken gelegen in de forumstaat, waarop een partij van een andere staat een recht beweert te hebben; of 3) dat beheerst wordt door een arbitraal beding waarin de PTCP van toepassing worden verklaard.¹⁰

2.2 De relevante IPR-bepalingen

De 31 Principles behandelen niet alle voor het IPR relevante onderwerpen. Vanzelfsprekend zijn zij allereerst beperkt tot procesrechtelijke onderwerpen en blijft het conflictenrecht buiten beschouwing. Wel wordt in Principle 22 gerefereerd aan de toepassing van buitenlands recht, als gevolg van de conflictregels. Tot de kern van het IPR behoren verder, althans in Nederland en veel andere landen, het internationaal bevoegdheidsrecht en de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse beslissingen. Principle 2 bevat een uitgebreide bepaling betreffende de bevoegdheid. Daarnaast bevatten enkele Principles met de internationale bevoegdheid samenhangende onderwerpen, zoals litispending in Principle 28. Principle 30 ziet op ‘recognition’, maar beslaat zoals uit de tekst blijkt ook de tenuitvoerlegging van buitenlandse beslissingen.

De overige onderwerpen die tot het IPR in brede zin worden gerekend, zijn de grensoverschrijdende betekening en de internationale bewijsverkrijging. Deze zijn niet geregeld in de PTCP. Principle 5 bevat wel bepaling betreffende ‘due notice’ en de daarvoor relevante documenten en taalvereisten, maar geen regels voor de transmissie van documenten in grensoverschrijdende gevallen, zoals het Haags Betekeningsverdrag 1965 en de Betekeningsverordening (Bet-Vo).¹¹ De taalvereisten met betrekking tot de verweerder, zoals geformuleerd in Principle 5.2, wijken enigszins af van art. 8 Bet-Vo.¹² Op grond van Principle 5.2 is de taal van ofwel de gewone verblijfplaats/hoofdvestiging van de verweerder ofwel die van de ‘principal documents in the transaction’ aanvaardbaar. Art. 8 Bet-Vo bepaalt dat de verweerder een stuk mag weigeren indien het niet is gesteld in de officiële taal van de aangezochte lidstaat (of een plaats in die lidstaat), of een taal die de verweerder begrijpt. Het eerste criterium komt overeen, omdat betekening dient plaats te vinden aan het adres van de verweerder. Het tweede criterium komt niet zonder meer overeen. Het Hof van Justitie EG heeft bepaald dat zelfs als partijen overeen zijn gekomen dat de correspondentie in een bepaalde taal zal worden gevoerd, niet zonder meer aangenomen mag worden dat dit een taal is die de verweerder begrijpt in de zin van de Bet-Vo.¹³ Het spreekt vanzelf dat het criterium van art. 8 Bet-Vo ook juist ruimer kan zijn dan het in Principle 5.2 gehanteerde criterium, omdat het mogelijk is dat de verweerder ook nog een andere taal beheerst dan die van de ‘principal documents in the transaction’.

De PTCP bevatten enkele bepalingen met betrekking tot het bewijs en de bewijslast. Zo verschaft Principle 16 regels met betrekking tot de toegang tot informatie en het bewijs. De enige bepaling waarin gerefereerd wordt aan bewijsverkrijging in het buitenland is Principle 31 betreffende ‘international judicial cooperation’. Op grond hiervan dienen de gerechten van een land dat de PTCP heeft aangenomen, medewerking te verlenen aan de gerechten van een andere staat waar een procedure wordt gevoerd in overeenstemming met de PCTP, onder meer waar het de verschaffing

⁹ Comment P-C.

¹⁰ Bij deze derde categorie lijkt niet van belang te zijn of het om een internationale arbitrage gaat.

¹¹ Verordening nr. 1393/2007, toepasselijk sinds 13 november 2008 ter vervanging van Verordening nr. 1348/2000.

¹² Deze zijn ook overgenomen in art. 6 EPGV-Vo, zie hierover Kramer 2007 (voetnoot 8), p. 40-41.

¹³ HvJ EG 8 mei 2008, zaak 14/07 (Weiss und Partner).

van bewijs betreft.¹⁴ Voor Nederland is in het geval van bewijsverkrijging in een andere lidstaat de Bewijsverordening (Bew-Vo)¹⁵ van belang; daarbuiten geldt ofwel het Haags Bewijsverdrag van 1970 ofwel de nationale regels van de betrokken staat. Indien de Bewijsverordening en het Haags Bewijsverdrag niet toepasselijk zijn, zou bij aan de PTCP ten hoogste een algemene verplichting tot het medewerken aan de verkrijging van bewijs door een andere staat kunnen worden ontleend. De in Principle 16 neergelegde regels zouden voorts als richtsnoer kunnen dienen in het kader van de rogatoire com-[79]missie in de zin van het Haags Bewijsverdrag en wellicht ook voor het verzoek tot bewijsopneming op grond van de Bew-Vo.¹⁶

3. Het internationaal bevoegdheidsrecht (Principle 2)

3.1 Relevante bronnen en harmonisatiepogingen

De belangrijkste IPR-bepaling is neergelegd in Principle 2 betreffende ‘Jurisdiction over Parties’. Deze regel is op een aantal punten nader uitgewerkt in Rule 4. Uit Principle 15.3.1 volgt dat in geval van een ‘default judgment’ (wanneer de verweerder na een juiste oproeping niet verschijnt), het gerecht ambtshalve vast dient te stellen dat hij bevoegd is.¹⁷ De bevoegdheidsregels zijn op internationaal niveau een belangrijk thema, en de bestaande regels vertonen aanzienlijke verschillen.

Voor Nederland is in burgerlijke en handelszaken, met uitzondering van familierechtelijke geschillen, vooral de verordening Brussel I van belang.¹⁸ Indien de verweerder in een handelszaak niet in de EU woonachtig is, dan is de commune rechtsmachtregeling in art. 1-14 Rv toepasselijk. In de jaren negentig zijn pogingen ondernomen om onder de auspiciën van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht een wereldwijd executieverdrag tot stand te brengen.¹⁹ Besloten werd om niet alleen de erkenning en tenuitvoerlegging te regelen, maar ook bevoegdheidsgronden op te nemen in de vorm van een witte, een zwarte en een grijze lijst. Een in 1999 gepubliceerd voorstel had in 2000 vastgesteld moeten worden, maar nadat de VS, en in navolging daarvan enkele andere landen, ernstige bezwaren hadden geuit tegen het (teveel op de Brussel I lijkende) voorstel werd het project goeddeels afgeblazen. Een belangrijke oorzaak van de mislukking was de ‘clash’ tussen het Europees-continentale bevoegdheidssysteem met strikt omschreven gesloten bevoegd-

¹⁴ Dit wordt niet verder toegelicht. De toelichting bij de overeenkomende bepaling in Rule 36.1 vermeldt alleen dat de standaard van de medewerking gelijk zou moeten zijn aan de medewerking die aan een ander gerecht in dezelfde staat zou worden verleend. Comment R-36B.

¹⁵ Verordening nr. 1206/2001. Zie hierover B.J. van het Kaar, *IPR-bewijsrecht en bewijsverkrijging*, Recht en Praktijk nr. 163, Deventer: Kluwer 2008, p. 169-189.

¹⁶ Bijvoorbeeld voor de vraag hoe gedetailleerd de informatie moet zijn ingevolge art. 3 lid 1 sub f en g Haags Bewijsverdrag en art. 4 Bew-Vo, en of er sprake is van een ‘fishing expedition’. Zie ook R. Stürmer, ‘The Principles of Transnational Civil Procedure. An Introduction to their Basic Conceptions’, *RebelsZ* 2005, p. 212-213.

¹⁷ Vergelijk art. 25 Brussel I, op grond waarvan de bevoegdheid echter ook ambtshalve moet worden toegepast in het geval de exclusieve bevoegdheidsbepalingen van art. 22 toepasselijk zijn.

¹⁸ Verordening 44/2001.

¹⁹ Zie voor alle voorbereidende documenten <www.hcch.net> onder “preliminary documents” bij dit verdrag. Zie over de voorbereiding, de totstandkoming en de inhoud van de verschillende versies o.m. S.P. Baumgartner, *The proposed Hague Convention on jurisdiction and foreign judgments*, Tübingen: Mohr Siebeck 2003; J.J. Barceló III & K.M. Clermont, *A global law of jurisdiction and judgments: lessons from The Hague*, Den Haag/Londen/New York: Kluwer Law International 2002; A. Schultz, ‘The Hague Conference for a global convention on jurisdiction, recognition and enforcement in civil and commercial matters: an update’, in: J. Drexler en A. Kur, *Intellectual property and private international law*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2005, p. 5-18; B. Hess, ‘The draft Hague Convention on Choice of Court Agreements, External Competencies of the European Union and Recent Case Law of the European Court of Justice’, in: A. Nuyts en N. Watté (red.), *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Brussels: Bruylant 2005, p. 263-284; X.E. Kramer, ‘Het nieuwe Haags Forumkeuzeverdrag. Een welkom compromis met vallen en opstaan’, *NIPR* 2006, p. 109-110.

heidsregels, en het meer op open normen gebaseerde Common Law systeem. Wel is het werk aan een beperkter verdrag toegespitst op de forumkeuze voortgezet. Dit resulteerde in het Haags Forumkeuzeverdrag van 2005, dat als een equivalent voor overheidsrechtspraak van het Verdrag van New York voor arbitrage van 1958 kan worden gezien.²⁰ Dit verdrag is nog niet in werking getreden, maar mogelijk gaat dit binnenkort wel gebeuren.²¹

De verschillende internationale regelingen, in het bijzonder Brussel I, de nationale bevoegdheidsregels en met name ook de verschillende voorstellen voor een Haags bevoegdheids- en executieverdrag hebben model gestaan voor de in Principle 2 opgenomen bepalingen.²²

3.2 Hoofdregele: Forumkeuze en ‘substantial connection’

De twee hoofdregele zijn geformuleerd in Principle 2.1. Deze luidt als volgt:

2.1 Jurisdiction over a party may be exercised:

2.1.1 By consent of the parties to submit the dispute to the tribunal;

2.1.2 When there is a substantial connection between the forum state and the party or the transaction or occurrence in dispute. A substantial connection exists when a significant part of the transaction or occurrence occurred in the forum state, when an individual defendant is a habitual resident of the forum state or a jurat entity has received its charter of organization or has its principal place of business therein, or when property to which the dispute relates is located in the forum state.

Bevoegdheid kan dus worden gebaseerd op de overeenstemming van partijen (Principle 2.1.1) of, in het geval partijen geen forumkeuze zijn overeen gekomen, op een substantiële band (‘substantial connection’) tussen het land van een gerecht en de partij, of de transactie of de in het geding zijnde vordering (‘occurrence in dispute’) (Principle 2.1.2).

3.2.1 Forumkeuze

De bevoegdheid tot het maken van een forumkeuze in handelszaken, als uitvloeisel van de partijautonomie en de contractsvrijheid, is internationaal algemeen geaccepteerd.²³ Wel zijn er bepaalde vormvereisten en beperkingen die per toepasselijke bevoegdheidsregeling kunnen verschillen. In Principle 2.1.1 wordt alleen erkend dat een gerecht bevoegdheid kan ontlelen aan de overeenstemming tussen partijen, maar niet welke voor **[80]** waarden en mogelijke beperkingen gelden. De toelichting vermeldt slechts dat een gerecht zich niet bevoegd dient te verklaren op grond van ‘implied consent’, zonder de partijen een redelijke mogelijkheid te geven de bevoegdheid te betwisten.²⁴

Verder is het aan de toepasselijke regeling om nadere voorwaarden en beperkingen te stellen. Voor Nederland is vooralsnog de in art. 23 Brussel I neergelegde regeling van de forumkeuze het belangrijkste. In art. 23 lid 1 zijn bepaalde vormvereisten neergelegd, en lid 5 geeft enkele beperkin-

²⁰ Zie hierover X.E. Kramer, ‘De forumkeuze als betrouwbaar alternatief voor het arbitraal beding in de internationale handelspraktijk? Het nieuwe Haags Forumkeuzeverdrag’, *NTHR* 2006, p. 165-172.

²¹ Voor de inwerkingtreding zijn twee ratificaties nodig (art. 31). Mexico is reeds toegetreden; de Verenigde Staten hebben getekend, maar nog niet geratificeerd. Op 1 april 2009 tekende ook de EU dit Verdrag; zie ook het voorstel hiertoe: Voorstel betreffende de ondertekening door de Europese Gemeenschap van het Verdrag inzake bedingen van forumkeuze, COM(2008) 538.

²² Stürner 2005 (voetnoot 16), p. 216. Stürner was Reporter van de ALI/UNIDROIT Working Group.

²³ Zie voor recente uitgebreide studies over de forumkeuze, P.H.L.M. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Serie Recht en Praktijk nr. 159, Deventer: Kluwer 2008; A. Briggs, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, Oxford: Oxford University Press 2008.

²⁴ Comment P-2A.

gen, met name voor zover een ander gerecht exclusieve bevoegdheid toekomt.²⁵ Indien het Haags Forumkeuzeverdrag in werking treedt voor de EU-lidstaten, zal in bepaalde gevallen niet langer art. 23 Brussel I, maar de regeling van dit verdrag toepasselijk worden.²⁶ In het geval Brussel I – of in de toekomst het Haags Forumkeuzeverdrag – niet toepasselijk is, dan is voor de bepaling van de bevoegdheid van de Nederlandse rechter art. 8 Rv van belang.

Het gevolg van een exclusieve forumkeuze voor een bepaald gerecht is dat een ander gerecht niet langer bevoegd is. Dit rechtsgevolg komt tot uitdrukking in Principle 2.4, waarin wordt bepaald dat ‘exercise of jurisdiction must ordinarily be declined when the parties have previously agreed that some other tribunal has exclusive jurisdiction’. Uit de toevoeging ‘ordinarily’ blijkt dat een gerecht zich niet in alle gevallen onbevoegd hoeft te verklaren indien gekozen is voor de gerechten van een ander land. Dit zou het geval kunnen zijn indien er sprake is van een geschil ten aanzien waarvan het aangezochte gerecht exclusieve bevoegdheid heeft.²⁷ Principle 2 zelf bevat overigens geen regels voor exclusieve bevoegdheidsgronden, maar is ruim genoeg geformuleerd om rekening te houden met gevallen waarvoor in de bestaande (nationale) bevoegdheidsregimes exclusieve bevoegdheidsgronden gelden, zoals voor zakelijke rechten op onroerend goed.

3.2.2 Nauwe band (‘substantial connection’)

Het is algemeen aanvaard dat, in het geval partijen geen forumkeuze hebben gemaakt, het gerecht zijn bevoegdheid doorgaans dient te baseren op een nauwe band tussen de betrokken partijen of het geschil en zijn land. In de Civil Law bevoegdheidssystemen bestaan vaak nauw geformuleerde regels voor de bevoegdheid, zoals in Brussel I. De Common Law landen hanteren een meer open systeem van bevoegdheidsgronden, waarbij het *forum (non) conveniens* criterium een belangrijke rol speelt.²⁸ Daarnaast kan in Common Law landen de enkele aanwezigheid (‘presence’) van de verweerder in de aangezochte staat van belang zijn, terwijl dit in Civil Law landen nauwelijks een rol speelt. Het Brusselse systeem, gebaseerd op de presumptie van gelijkheid van de EU-lidstaten, wordt so als rigide beschouwd, en kan aanleiding geven tot een inefficiënte procesvoering.²⁹ Gerechten die niet noodzakelijkerwijs zeer nauw verbonden zijn met het geschil, zijn verplicht zich bevoegd te verklaren zodra zij op grond van de regels bevoegd zijn, bijvoorbeeld indien levering in het desbetreffende land heeft plaats gevonden.³⁰ Verder kan de litispendingregeling, op grond waarvan een als tweede geadieerd gerecht de zaak zonder meer aan moet houden totdat het als eerste gerecht over de bevoegdheid heeft beslist, ook indien het tweede gerecht gekozen is, tot enorme vertraging leiden.³¹ De opstellers van de PTCP hebben daarom gekozen voor een flexibelere regeling, die meer trekken vertoont van de Common Law benadering. De toelichting vermeldt dat de vereiste nauwe band tussen de partijen of het geschil en het forumland, echter bevoegdheid op

²⁵ In de zin van art. 22, bijvoorbeeld ten aanzien van een onroerende zaak. Daarnaast gelden beperkingen voor overeenkomsten waarbij zwakkere partijen betrokken zijn.

²⁶ Zie art. 26 Haags Forumkeuzeverdrag voor de afbakening; Kramer 2006 (voetnoot 20), p. 117-118.

²⁷ Zie ook art. 23 lid 5 Brussel I.

²⁸ Zie voor een uitgebreid rechtsvergelijkend onderzoek naar de bevoegdheidsregels in Brussel I, de nationale regels in enkele continentaal Europese landen, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten en de mogelijkheden van harmonisatie in contractuele geschillen, het binnenkort te verschijnen boek van H. van Lith, *International Jurisdiction and Commercial Litigation. Uniform Rules for Contract Disputes*, The Hague: Asser Press 2009 (nng).

²⁹ Zie ook Stürner 2005 (voetnoot 16), p. 218-219.

³⁰ Art. 5 sub 1 Brussel I. De bevoegdheid van ieder ander, nauwer verbonden, gerecht wordt daarmee geblokkeerd.

³¹ Zie HvJ EG 9 december 2003, zaak C-116/02, *Jur.* I-14963, *NJ* 2007, 151 m.nt. PV (Gasser). Onder het Haags Forumkeuzeverdrag is dit anders, zie art. 5 lid 2. Zie hierover Kramer 2006 (voetnoot 20), p. 114.

grond van de aanwezigheid van de verweerder in het forumland ('tag jurisdiction') uitsluit.³² Voorts wordt het 'doing business' criterium, zoals dat in de Verenigde Staten wordt gehanteerd, onvoldoende geacht als algemene bevoegdheidsgrond.³³ Op grond van dit criterium heeft een staat een algemene bevoegdheid indien de verweerder 'continuous and systematic contacts' met het forum heeft.³⁴

Waarin kan de 'substantial connection' bestaan? De toelichting vermeldt dat dit verder kan worden uitgewerkt in verdragen of nationale regelingen. Principle 2.1.2 geeft wel een drietal criteria als algemene richtlijn. Er is sprake van een substantiële band indien 1) een aanzienlijk deel van de transactie of gebeurtenis plaatsvond in het forumland; 2) de verweerder-natuurlijk persoon zijn gewone verblijfplaats in het forumland heeft, of de verweerder-rechtspersoon geïncorporeerd is ('received its charter of organization')³⁵ of zijn hoofdvestiging heeft in het forumland; of het geschil betrekking heeft op goederen ('property') die in het forumland gelegen zijn. In Rule 4.2.3 wordt het onder 2) genoemde criterium aangevuld met het hoofdbestuur ('administrative headquarters'). Dit komt overeen met art. 60 Brussel I, waarin de woonplaats van vennootschappen en rechtspersonen gelijk wordt gesteld aan de statutaire zetel, het hoofdbestuur en de hoofdvestiging.³⁶ In Rule 4.2.4 wordt voorts een tweetal andere criteria genoemd, namelijk het land waar zaken zijn of behoorden te worden geleverd, of waar een dienst verstrekt is of **[81]** verstrekt had moeten worden³⁷ alsmede het land waar een onrechtmatige gedraging heeft plaatsgevonden, of waar deze direct effect heeft.³⁸ Met deze criteria in de – niet bindende – Rules lijkt aansluiting te worden gezocht bij de bevoegdheidsregels van art. 5 sub 1 onder b en art. 5 sub 3 Brussel I, al zijn zij niet precies gelijklopend. Met name art. 5 sub 1 onder b, eerste streepje, betreffende de plaats van levering kan internationaal niet op onverdeelde steun rekenen.³⁹ Het eerste in Principle 2.1.2 genoemde criterium, de gewone verblijfplaats van natuurlijke personen, wijkt af van het meer juridische-formele criterium van de woonplaats in art. 2 Brussel I, dat op grond van art. 59 aan de hand van nationaal recht moet worden uitgelegd. Het meer feitelijke begrip gewone verblijfplaats kan internationaal op een bredere steun rekenen.⁴⁰ Het is de vraag in hoeverre enkele overige regels van Brussel I, zoals art. 5 sub 1, onder a, art. 5 sub 5 en art. 6 sub 1, voldoen aan het criterium van de 'substantial connection'. Een nog belangrijker punt is dat de Brusselse regels 'hard and fast rules' zijn, waarop geen uitzondering kan worden gemaakt op grond van de *forum non conveniens* exceptie.⁴¹ Principle 2.1 bepaalt dat 'jurisdiction may be exercised', en bovendien wordt in Principle 2.5 duidelijk de *forum non conveniens* exceptie erkend.⁴² Daarmee zijn de criteria in de PTCP – en de aanvullingen in de Rules –

³² Comment P-2B: "The standard excludes mere physical presence, which within the United States is colloquially called "tag jurisdiction"; deze wordt beschouwd als "inapposite in modern international disputes".

³³ Comment P-2B: "(...) the concept [substantial connection, XEK] does not support general jurisdiction on the basis of "doing business" not related to the transaction or occurrence in dispute".

³⁴ Dit criterium werd aanvaard in U.S. Supreme Court *International Shoe v. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945).

³⁵ Er is geen goede vertaling beschikbaar van dit begrip; de plaats van incorporatie lijkt de lading het beste te dekken.

³⁶ Dit meervoudige criterium houdt verband met de onverenigbaarheid van de definities in de lidstaten.

³⁷ Rule 4.2.4.1: "[Jurisdiction may be established (...) over a person who has: XEK] Provided goods or services in the forum state, or agreed to do so, when the proceedings concerns such goods or services".

³⁸ Rule 4.2.4.2: "[Jurisdiction may be established (...) over a person who has: XEK] Committed tortious conduct in the forum state, or conduct having direct effect in the forum state, when the proceeding concerns such conduct".

³⁹ Zie hierover Van Lith 2009 (voetnoot 28), par. 2.7.

⁴⁰ Zie bijvoorbeeld ook art. 3 van de Preliminary Draft Haags Bevoegdheids- en Executieverdrag van 30 oktober 1999, www.hcch.net. Een Commissie-voorstel uit 1997, (COM) 609 def., ter gelegenheid van de conversie van het EEX-Verdrag in Brussel I, dat ertoe strekte om het woonplaatscriterium van art. 2 te wijzigen in de gewone verblijfplaats, is op dit punt niet overgenomen.

⁴¹ Zie HvJ EG 1 maart 2005, zaak C-281/02, *Jur.* I-1383, *NJ* 2007, 369 m.nt. PV (Owusu).

⁴² Zie verder par. 3.5.

geen absolute bevoegdheidsgronden zoals in Brussel I, maar slechts criteria op grond waarvan bevoegdheid mag worden aanvaard, voor zover een ander gerecht niet duidelijk beter in staat is over de zaak te oordelen. De vraag is of een dergelijk systeem voor Europa aanvaardbaar zal zijn, al is duidelijk dat voor harmonisatie op wereldwijd niveau iedereen water bij de wijn zal moeten doen.

3.3 *Forum necessitatis*

Principle 2.2 bepaalt dat ‘when no other forum is reasonably available’, bevoegdheid mag worden aangenomen op grond van de aanwezigheid van de verweerder in het forumland dan wel de nationaliteit van de verweerder (2.2.1), of de aanwezigheid van ‘property’ van de verweerder in het forumland, ongeacht of het geschil hierop betrekking heeft, met dien verstande dat de bevoegdheid dan wel beperkt is tot de waarde hiervan (2.2.2).

Algemeen geformuleerd houdt het ook in het Nederlandse commune bevoegdheidsrecht erkende *forum necessitatis* beginsel in dat een gerecht, ondanks het ontbreken van een concrete bevoegdheidsgrond, zich bevoegd mag verklaren indien een (effectieve) rechtsgang elders ontbreekt. Dit kan zich voordoen in het geval van een negatief bevoegdheidsconflict dan wel in overmachtsituaties, zoals oorlog of andere gevaren.⁴³ Hierbij gaat het om gevallen waarin de weigering om rechtsmacht uit te oefenen op gespannen voet komt te staan met het recht op toegang tot de rechter, zoals verwoord in artikel 6 EVRM. In Nederland is het *forum necessitatis* neergelegd in art. 9 sub b en c Rv. Art. 9 sub b Rv bepaalt dat de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt indien een gerechtelijke procedure in het buitenland onmogelijk blijkt; het kan hier gaan om een negatief jurisdictieconflict of een feitelijke onmogelijkheid, bijvoorbeeld door oorlog of een natuurramp. Op grond van art. 9 sub c komt de rechter bevoegdheid toe in dagvaardingszaken die voldoende met de rechtssfeer van Nederland verbonden zijn en waarbij het onaanvaardbaar is om van de eiser te vergen dat hij de zaak aan het oordeel van een buitenlandse rechter onderwerpt. In de praktijk blijkt regelmatig een beroep op het *forum necessitatis* te worden gedaan, maar de Nederlandse rechter past dit – terecht – terughoudend toe. Brussel I kent geen *forum necessitatis* regel; het distributieve karakter en de beperkte geografische reikwijdte maken een dergelijke regel overbodig. In een eenzijdig (nationaal) bevoegdheidsstelsel en in de wereldwijde context is een dergelijke regel wel van belang.

Het in Principle 2.2 neergelegde beginsel komt in benadering overeen met art. 9 sub c Rv. Een absoluut *forum necessitatis* zoals opgenomen in sub b, op grond waarvan rechtsmacht kan worden aangenomen ook indien er geen of nauwelijks banden met het forumland zijn, kent de PCTP niet. De vereiste band kan bestaan in de – in overige gevallen niet toereikend geachte – aanwezigheid van de verweerder in het forum, de nationaliteit van de verweerder, of de aanwezigheid van goederen.⁴⁴

Principle 2.2 is interessant in die zin dat het een richtlijn geeft voor de invulling van de open norm van art. 9 sub c Rv (voldoende band met de Nederlandse rechtssfeer), maar concreet levert het weinig op. In een dagvaardingsprocedure, en zeker in een handelszaak, zal nationaliteit eigenlijk geen rol kunnen spelen. Ook de (toevallige) aanwezigheid van een verweerder in Nederland levert geen sterke band op. Alleen de aanwezigheid van goederen in Nederland kan een aanknopingspunt zijn, maar in zo’n geval zal doorgaans het *forum arresti* van art. 10 Rv uitkomst kunnen bieden. Voor internationale harmoniseringsdoeleinden in de vorm van een verdrag, vind ik Principle 2.2 ongeschikt; het is enerzijds te beperkt en anderzijds te wijd. Het is te beperkt om de situatie te dekken dat er bijvoorbeeld een exclusieve forumkeuze voor het gerecht van een bepaald land is ge-

⁴³ Zie L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 228. Zie hierover uitgebreid F. Ibili, *Gewogen rechtsmacht in het IPR. Over forum (non) conveniens en forum necessitatis*, Recht en Praktijk nr. 148, Deventer: Kluwer 2007, p. 107-135.

⁴⁴ Principle 2.1 en par. 3.2.2. Zie hierover in vergelijkend perspectief Van Lith 2009 (voetnoot 28), par. 7.7.

maakt, maar het niet van een partij geveerd kan worden om aldaar een procedure te starten in verband met een oorlogssituatie of andere reële gevaren. Voor overige gevallen is Principle 2.2 te wijd en overbodig, omdat het criterium van de ‘sub-[82]stantial connection’ van Principle 2.1 ruim genoeg is om een ander bevoegd gerecht te vinden dat wel ‘reasonable’ is.

3.4 Voorlopige maatregelen

In Principle 2.3 wordt bepaald dat een gerecht voorlopige maatregelen met betrekking tot een persoon of goederen in het forumland mag geven, zelfs indien het gerecht geen bevoegdheid toekomt ten aanzien van het eigenlijke geschil (‘the controversy’). Een dergelijke uitzondering voor voorlopige maatregelen is algemeen erkend in het internationaal bevoegdheidsrecht.⁴⁵ De rechtvaardiging is dat het bij voorlopige maatregelen doorgaans om spoedeisende maatregelen gaat, waarbij een beslissing in een (al dan niet reeds aanhangige) bodemprocedure niet afgewacht kan worden. Art. 31 Brussel I kent een vergelijkbare regel. Het Hof van Justitie EG bepaalde in het Van Uden/Deco-Line arrest dat voor de bevoegdheid vereist is dat er een ‘reële band’ bestaat tussen de gevraagde maatregel en het territoir van de aangezochte rechter.⁴⁶ Het meest voor de hand liggende geval is dat de maatregel in het land van de aangezochte rechter geëffectueerd dient te worden, zoals in het geval van beslag op aldaar gelegen zaken, of een inbreukverbod ten aanzien van een in dat land gepleegde inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht. Art. 7 van het Haags Forumkeuzeverdrag bepaalt dat een forumkeuze niet in de weg staat aan het uitvaardigen van een voorlopige maatregel (‘interim measures of protection’) door een ander gerecht.⁴⁷ Art. 13 Rv bevat eveneens een bijzondere bepaling met betrekking tot voorlopige en bewarende maatregelen.⁴⁸

In de internationale context is niet duidelijk wat onder het begrip ‘voorlopige maatregelen’ moet worden verstaan.⁴⁹ De toelichting noemt alleen ‘sequestration’ en ‘attachment’, met het oog op het verzekeren van de tenuitvoerlegging van een beslissing in de hoofdzaak.⁵⁰ In Principle 8 worden ‘provisional and protective measures’ omschreven als maatregelen ‘necessary to preserve the ability to grant effective relief by final judgment or to maintain or otherwise regulate the status quo’. Het lijkt waarschijnlijk dat een geldvordering als voorlopige maatregel (‘interim payment’), zoals in Nederland en veel andere landen mogelijk is, niet hieronder valt.⁵¹ Verder is niet duidelijk wat wordt bedoeld met de zinsnede dat voorlopige maatregelen gegeven mogen worden met betrekking ‘to a person or to property in the territory of the forum state’. Voor maatregelen met betrekking tot zaken is duidelijk dat deze zich in de forumstaat moeten bevinden. Maar moet er bij voorlopige maatregelen ten aanzien van ‘a person’ ook een bepaalde binding met de forumstaat zijn? In

⁴⁵ Zie hierover X.E. Kramer, *Het kort geding in internationaal perspectief. Een rechtsvergelijkende studie naar de voorlopige voorziening in het internationaal privaatrecht*, Recht en praktijk nr. 116, Deventer: Kluwer 2001, p. 115-182. Zie voorts, met name met betrekking op het voorstel van de Commissie-Storme, X.E. Kramer, ‘Harmonisation of Provisional and Protective Measures in Europe’, in M. Storme (ed.), *Procedural Laws in Europe. Towards Harmonisation*, Maklu: Antwerpen/Apeldoorn 2003, p. 305-119.

⁴⁶ HvJ EG 17 november 1998, zaak C-391/95, *Jur.* I-7091, *NJ* 1999 m.nt. PV. Zie hierover X.E. Kramer, ‘Internationale bevoegdheid van de kortgedingrechter’, *NTBR* 1999, p. 74-79 en Kramer 2001 (voetnoot 45), p. 122-138.

⁴⁷ Zie hierover Kramer 2006 (voetnoot 20), p. 114. Ook het voorstel voor een Haags Bevoegdheids- en Executieverdrag van 1999 kende een dergelijke bepaling. Zie hierover Kramer 2001 (voetnoot 45), p. 156-158.

⁴⁸ Zie hierover X.E. Kramer, ‘De regeling van de rechtsmacht onder het herziene Rechtsvordering’, *NIPR* 2002, p. 384-385.

⁴⁹ Zie hierover Kramer 2003 (voetnoot 45), p. 311-317.

⁵⁰ Comment P-2D.

⁵¹ Onder art. 31 Brussel I kan een maatregel tot toewijzing van een geldvordering (bijvoorbeeld in het kader van een kort geding) alleen als voorlopige maatregel gelden indien deze betrekking heeft op (toekomstige) vermogensbestanddelen gelegen in het land van het desbetreffende gerecht, en als er een garantie van terugbetaling (bijvoorbeeld een bankgarantie) wordt gegeven; zie Van Uden/Deco-Line (voetnoot 46).

het geval reeds in een ander land een bodemprocedure aanhangig is, of een forumkeuze ten gunste van een ander gerecht of een arbitragebeding overeen gekomen is, dient er mijns inziens een nauwe band te bestaan tussen de gevraagde maatregel en het territorium van het aangezochte gerecht, in de zin dat de maatregel daar geëffectueerd dient te worden. Een ruimere uitleg in een wereldwijde context zou tot ondermijning van het ten principale bevoegde gerecht of het arbitraal tribunaal leiden. In de overige gevallen voldoet een ‘substantial connection’ in de zin van Principle 2.1; in deze gevallen heeft Principle 2.3 dus geen toegevoegde waarde.

3.5 Afwijzing bevoegdheid: exclusieve forumkeuze, *forum non conveniens* en *litispendentie*

In de PTCP worden drie gronden voor afwijzing van de bevoegdheid geformuleerd; het geval dat er een exclusieve forumkeuze voor een ander gerecht is (2.4), *forum non conveniens* (2.5) en *litispendentie* (2.6). Afwijzing van de bevoegdheid door een ander dan het gekozen gerecht vloeit reeds voort uit de erkenning van ‘jurisdiction by consent’ in Principle 2.2.1.⁵² Deze bepaling geldt ook indien er een arbitraal beding overeen is gekomen.⁵³

Principle 2.5 bepaalt dat ‘jurisdiction may be declined or the proceedings suspended when the court is manifestly inappropriate relative to another more appropriate court that could exercise jurisdiction’. Over het in deze Principle neergelegde *forum non conveniens* is veel literatuur; op deze plaats wordt volstaan met enkele opmerkingen.⁵⁴ De *forum non conveniens* exceptie houdt in dat een gerecht een (discretionaire) bevoegdheid heeft om zijn rechtsmacht af te wijzen indien een zaak onvoldoende aanknopingspunten heeft met de rechtssfeer van zijn land.⁵⁵ Doorgaans speelt het feit dat een ander gerecht nauwer verbonden is, en dus beter in staat om over de zaak te oordelen, daarbij een rol, zoals ook uit Principle 2.5 blijkt. De PTCP kiezen hier duidelijk voor **[83]** de Common Law benadering, want in de Civil Law landen speelt deze zogeheten *forum non conveniens* exceptie doorgaans slechts een beperkte rol.⁵⁶ In het Owusu-arrest van 2005 bepaalde het Hof van Justitie EG dat voor deze exceptie geen plaats is onder Brussel I, omdat dit de rechtszekerheid en het beginsel van wederzijds vertrouwen ondermijnt.⁵⁷ In het Haags Forumkeuzeverdrag is toepassing van de *forum non conveniens* exceptie eveneens in het algemeen uitgesloten indien er sprake is van een geldige forumkeuze.⁵⁸ Onder het Nederlandse commune bevoegdheidsrecht speelt de *forum non conveniens* exceptie alleen een bescheiden rol bij enkele familierechtelijke voorzieningen⁵⁹, en niet in handelszaken. De strekking en de toepassing van het *forum non conveniens* verschilt per land. Zo spelen in de Verenigde Staten publieke belangen, zoals lokale belangen, administratieve problemen of de last van het instellen van een jury een belangrijke rol, terwijl publieke belangen in het Verenigd Koninkrijk slechts van ondergeschikt belang zijn.⁶⁰ Ook is in de Verenigde Staten bescher-

⁵² Zie par. 3.2.1. Zie ook art. 6 Haags Forumkeuzeverdrag.

⁵³ Comment P-2E.

⁵⁴ Zie hierover Ibili 2007 (voetnoot 43), p. 9-88, 137-244 ; A. Nuyts, *L'Exception de forum non conveniens*, Brussel: Brylant 2003, en voorts M. Karayanni, *Forum Non Conveniens in the Modern Age*, Ardsley, NY: Transnational Publishers 2004; C. Chalas, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2004, Tome I en II ; R.A. Brand & S.R. Jablonksi, *Forum Non Conveniens. History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Oxford: Oxford University Press 2007.

⁵⁵ Strikwerda 2008 (voetnoot 43), nr. 227.

⁵⁶ Zie ook Comment P-2F.

⁵⁷ Zie voetnoot 41 (Owusu).

⁵⁸ Art. 5 lid 2 Haags Forumkeuzeverdrag; zie hierover Kramer 2006 (voetnoot 20), p. 113.

⁵⁹ Zie art. 4 lid 3 sub b en art. 5 Rv. In art. 3 sub c geldt voor verzoekschriftprocedures een zogeheten *forum conveniens*: de rechter is bevoegd als de zaak (anderszins) voldoende met de rechtssfeer van Nederland verbonden is. Zie hierover uitgebreid Ibili 2007 (voetnoot 43), p. 89-105.

⁶⁰ *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947). Zie hierover Van Lith 2009 (voetnoot 28), par. 8.2.3.

ming van Amerikaanse verweerders tegen buitenlandse eisers van belang bij de toetsing aan het *forum non conveniens* criterium⁶¹, terwijl dat in andere Common Law landen geen rol speelt. De toelichting bij Principle 2.5 maakt duidelijk dat dit beginsel moet worden geïnterpreteerd in het licht van de ‘procedural equality of the parties’, zoals neergelegd in Principle 3.⁶² Op grond hiervan is discriminatie op grond van nationaliteit of verblijfplaats niet toegestaan.

Principle 2.6 erkent de exceptie van litispendentie, op grond waarvan een gerecht de zaak dient aan te houden, en zich zonodig onbevoegd dient te verklaren indien een geschil reeds aanhangig is bij een ander bevoegd gerecht, tenzij ‘it appears that the dispute will not be fairly, effectively, and expeditiously resolved in that forum’.⁶³ Litispendentie- en connexiteitsbepalingen spelen in het internationaal bevoegdheidsrecht een rol ter voorkoming van tegenstrijdige beslissingen. Ook om efficiency redenen is het natuurlijk niet wenselijk dat dezelfde zaak tussen dezelfde partijen door gerechten in verschillende landen wordt behandeld. Litispendentie kan zich voordoen doordat bevoegdheidsregimes niet op elkaar aansluiten, of omdat op grond van de toepasselijke bevoegdheidsregels meerdere gerechten bevoegd zijn.⁶⁴ Brussel I bevat in art. 27-30 regels voor litispendentie en connexiteit. Het Nederlandse commune bevoegdheidsrecht erkent in art. 12 Rv de litispendentie-exceptie; de toepassing hiervan is afhankelijk van de mogelijkheid van tenuitvoerlegging van de buitenlandse beslissing en er wordt rekening gehouden met het belang dat een eiser kan hebben om de zaak ook in Nederland aanhangig te maken.⁶⁵ De nogal rigide regels van Brussel I worden regelmatig bekritiseerd. Het Hof van Justitie EG bepaalde namelijk in het Gasser-arrest dat zelfs in het geval de als tweede geadieerde rechter bij forumkeuze is aangewezen, de litispendentieregels dwingend bepalen dat de als eerste aangezochte rechter zich eerst over zijn bevoegdheid dient uit te spreken en de tweede rechter de zaak zolang moet aanhouden.⁶⁶ Het spreekt vanzelf dat dit uit oogpunt van procesefficiency onwenselijk kan zijn. Deze regel is echter inherent aan het beginsel van ‘volledig wederzijds vertrouwen’, zoals dat in de EU-context is aanvaard. Het Haags Forumkeuze-verdrag daarentegen bepaalt dat het gekozen gerecht zich er niets van hoeft aan te trekken als een zaak reeds elders aanhangig is.⁶⁷ Ook in de PTCP is voor een flexibelere benadering gekozen.⁶⁸ Indien bij het andere gerecht geen sprake lijkt te zijn van een eerlijke, effectieve en onverwijlde behandeling, dan behoeft het als laatste geadieerde gerecht zich niet onbevoegd te verklaren. Alhoewel ik een meer flexibele oplossing dan onder Brussel I voorsta, zijn er ook enkele vraagpunten. De vraag is of hiermee de deur naar *forumshopping* niet wijd wordt opengezet, en of niet te snel zal worden aangenomen dat een buitenlands gerecht – bijvoorbeeld omdat procedures daar langer duren, of omdat bepaalde maatregelen niet mogelijk zijn – minder efficiënt is. Dit kan partijen op kosten jagen, of de wederpartij om wille van de kosten dwingen zijn zaak bij de als eerste geadieerde rechter in te trekken, terwijl deze evengoed in staat kan zijn om over de zaak te oordelen. In het geval in beide landen uitspraak wordt gedaan, zullen zich bij de tenuitvoerlegging problemen kunnen voordoen.

4. Erkenning van buitenlandse beslissingen (Principle 30)

⁶¹ Piper Aircraft Co. v. Reyno, 454 U.S. 235 (1981).

⁶² Comment P2-F.

⁶³ Voor de vraag wanneer een zaak aanhangig is, is Principle 10.2 van belang en voor de vraag in hoeverre er sprake is van litispendentie Principle 28.1.

⁶⁴ Strikwerda 2008 (voetnoot 43), nr. 228.

⁶⁵ Art. 12 bepaalt dat hij de zaak ‘kan’ aanhouden of zich onbevoegd verklaren. Zie Strikwerda 2008 (voetnoot 43), nr. 228.

⁶⁶ Zie voetnoot 31 (Gasser).

⁶⁷ Zie art. 5 lid 2. Zie hierover Kramer 2006 (voetnoot 20), p. 114.

⁶⁸ Zie hierover ook Stürner 2005 (voetnoot 16), p. 218.

Principle 30 bevat een zeer algemene bepaling voor de erkenning van buitenlandse beslissingen. Een beslissing van een ander forum in een procedure die ‘substantially compatible’ met de PTCP is, moet worden erkend en ten uitvoer gelegd tenzij de materieelrechtelijke openbare orde (‘substantive public policy’) anders vereist. Een voorlopige maatregel moet worden erkend onder dezelfde voorwaarden.

Ook voor de erkenning en tenuitvoerlegging is in Nederland met name Brussel I van belang. Voor het geval er geen EU-verordening of een (bijzonder of bilateraal) verdrag van toepassing is, geldt in Nederland voor de tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen art. 431 Rv. Deze regeling komt erop neer dat executie van een buitenlandse beslissing alleen mogelijk is indien er een executieverdrag is; in de rechtspraak is deze regeling echter **[84]** versoepeld.⁶⁹ Vereisten die in de meeste erkennings- en executieregimes worden gesteld, zijn dat de beslissing executabel is in de staat van herkomst (en dus niet meer vatbaar is voor beroep, dat er sprake is geweest van een eerlijke rechtspleging, dat de beslissing niet onverenigbaar is met een (reeds erkende) beslissing in de aangezochte staat, en dat de beslissing niet in strijd is met de openbare orde van die staat.⁷⁰ Vaak wordt vereist dat het gerecht van de staat van oorsprong internationaal bevoegd was, of – in het geval van Brussel I – in ieder geval bepaalde (exclusieve) bevoegdheidsregels niet zijn geschonden. Met name in commune executieregimes worden voorlopige en bewarende maatregelen wel uitgesloten omdat ze niet ‘final’ zijn.⁷¹ In het kader van Brussel I bepaalde het Hof van Justitie in het Mietz-arrest dat voorlopige maatregelen wel onder het erkennings- en tenuitvoerleggingsregime vallen.⁷² Principle 30 bepaalt uitdrukkelijk dat voorlopige maatregelen onder de tenuitvoerleggingsregeling vallen. De reden hiervoor is dat parallelle voorlopige maatregelen minder acceptabel worden geacht dan directe erkenning en tenuitvoerlegging.⁷³

Een sterk punt van Principle 30 is dat het in kort bestek een algemeen kader geeft voor de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse beslissingen.⁷⁴ Nadere regels kunnen in de relevante verdragen of in het nationale recht worden gevonden of geformuleerd. Het uitgangspunt is dat een buitenlandse beslissing moet worden erkend en ten uitvoer gelegd. Een uitzondering geldt voor schending van de openbare orde, zoals dat in ieder executieregime is opgenomen. De verzekering dat er sprake is geweest van een eerlijke behandeling of, negatief geformuleerd, dat de procedurele openbare orde niet is geschonden, vindt plaats door verwijzing naar de procesregels van de PTCP. Ook de uitdrukkelijke insluiting van voorlopige maatregelen is naar mijn mening een sterk punt. Opvallend is het ontbreken van een regel met betrekking tot de onverenigbaarheid van vonnissen, als een algemeen erkend beginsel in de bestaande executieregimes. Wellicht dat dit in ruimere zin onder de openbare orde kan worden gevat.⁷⁵

5. Toepassing buitenlands recht (Principle 22)

⁶⁹ Zie Strikwerda 2008 (voetnoot 43), nr. 268-271. Voor een rechtsvergelijkend overzicht zie N. Rosner, *Cross-border Recognition and Enforcement of Foreign Money Judgments in Civil and Commercial Matters*, Ulrik Huber Instituut, Doctoral Series (Groningen) en voor de EU: J.A. Pontier & E. Burg, *EU principles on jurisdiction and recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2004.

⁷⁰ Art. 33-35 Brussel I; Art. 8-9 Haags Forumkeuzeverdrag. Zie voor het Nederlandse recht Strikwerda 2008 (voetnoot 43), nr. 270.

⁷¹ Zie hierover Kramer 2001 (voetnoot 45), p. 216-222.

⁷² HvJ EG 27 april 1999, zaak C-99/96, Jur. 1999, p. I-2277, NJ 2001, 90 m.nt. PV (Mietz). Zie hierover Kramer 2001 (voetnoot 45), p. 185-201.

⁷³ Comment P-30A.

⁷⁴ Zie ook Stürner 2005 (voetnoot 16), p. 214.

⁷⁵ Voorts ontbreekt een expliciete verwijzing naar de internationale bevoegdheid van het gerecht van oorsprong, maar via de verwijzing naar de verenigbaarheid van de procedure met de Principles, geldt dit criterium wel.

Er zijn grofweg twee benaderingen te onderscheiden met betrekking tot de toepassing van vreemd recht. In de meeste Common Law landen geldt als uitgangspunt dat de rechter de conflictregels en het daardoor aangewezen buitenlandse recht niet ambtshalve toepast. Het buitenlandse recht staat min of meer op gelijke voet met de feiten, en deze moeten door partijen worden aangedragen en bewezen. In de meeste Civil Law landen dient een gerecht de conflictregels, inclusief het daardoor aangewezen buitenlandse recht, doorgaans ambtshalve toe te passen. Er zijn echter veel uitzonderingen op en combinaties van deze uitgangspunten.⁷⁶ In Nederland bepaalde de Hoge Raad reeds aan het begin van de vorige eeuw dat het conflictenrecht en het buitenlandse recht als ‘rechtsgrond’ in de zin van art. 25 Rv (art. 48 oud) moet worden opgevat en dus ambtshalve moet worden toegepast.⁷⁷

In Principle 22 wordt, binnen het bredere kader van de door de PTCP voorgestane actieve rol van de rechter en de controle daarop, een duidelijke keuze gemaakt.⁷⁸ Op grond van Principle 22.1 is het gerecht verantwoordelijk voor het in aanmerking nemen van alle relevante feiten en het bewijs alsmede voor de vaststelling van de juiste juridische basis voor zijn beslissing, ‘including matters determined on the basis of foreign law’.⁷⁹ Deze keuze wordt niet nader toegelicht, behalve dat ‘foreign law is a particularly important subject in transnational litigation’.⁸⁰ Mijns inziens moet deze keuze worden toegejuicht. In een globaliserende wereld en met de internationalisering van rechtsbetrekkingen, is de traditionele opvatting, dat “Rules prevailing in other countries (...) are not laws to us at all, since they do not rest on the authority of our own state”, zoals vertolkt door Dicey in 1896, achterhaald.⁸¹ Het spreekt vanzelf dat in de praktijk partijen ook een belangrijke rol spelen bij het aanbrengen van het (buitenlandse) recht. Zoals in Principle 22.2 tot uitdrukking komt, dient het gerecht – indien het tot (ambtshalve) vaststelling van buitenlands recht overgaat – partijen de mogelijkheid te bieden daarop te reageren voor zover ze dat nog niet hadden gedaan. Op grond van Principle 22.4 kan voorts een expert worden aangesteld met betrekking tot de bepaling van de inhoud van het buitenlandse recht.

De discussie over de behandeling van het buitenlandse recht is nog steeds actueel. In het kader van de recentelijk vastgestelde Rome I⁸² en Rome II⁸³ verordeningen kwam dit onderwerp in EU-verband aan de orde. In de Rome II verordening is een herzieningsclausule opgenomen op grond waarvan uiterlijk op 20 augustus 2011 verslag moet worden gedaan over de praktijk in de lidstaten met betrekking tot de behandeling van vreemd **[85]** recht.⁸⁴ Hiertoe dient een uitgebreide horizontale studie te worden verricht, en zo nodig dient de Commissie passende maatregelen te treffen. Dit onderwerp staat ook op de agenda van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht.⁸⁵

⁷⁶ Zie voor een uitgebreid rechtsvergelijkend onderzoek S. Geeroms, *Foreign law in civil litigation: a comparative and functional analysis*, Oxford: Oxford University Press 2004 (over de Common Law m.n. p. 14-23, nrs. 1.04-1.25 en over de Civil Law m.n. p. 23-25, nrs. 1.26-1.33).

⁷⁷ Conflictenrecht: HR 4 juni 1915, *NJ* 1915, p. 865 (Ehlers & Loewenthal/Van Leeuwen). Buitenlands recht: HR 8 april 1927, *NJ* 1927, 1110 (Benima/Rohner) m.nt. PS. Zie hierover uitgebreid P.M.M. Mostermans, *De processuele behandeling van het conflictenrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

⁷⁸ Zie ook Principle 14 betreffende ‘Court Responsibility for Direction of the Proceeding’ (case management).

⁷⁹ Zie hierover Stürner 2005 (voetnoot 16), p. 228-231

⁸⁰ Comment P-22B.

⁸¹ Geciteerd naar C. von Bar, Theorien zur Erklärung der Anwendung ausländischen Rechts und kollisionsrechtliche Methode, in: J. Erauw e.a. (red.), *Liber Memorialis François Laurent*, Brussel: E. Story-Scientia 1989, p. 1171.

⁸² Verordening nr. 593/2008; deze vervangt vanaf 17 december 2009 het Europees Overeenkomstenverdrag (EVO) van 1980.

⁸³ Verordening nr. 864/2007.

⁸⁴ Zie ook verklaring 3 die aan de verordening is gehecht. Zie hierover X.E. Kramer, ‘The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European Private International Law Tradition Continued’, *NIPR* 2008, p. 418-419.

⁸⁵ Zie www.hcch.net.

Het is te hopen dat de PTCP als bron van inspiratie kunnen dienen, maar ook met het oog op de Brusselse en Haagse ontwikkelingen is het jammer dat deze bepaling niet nader wordt toegelicht.

6. Concluderende opmerkingen

In het bovenstaande werd per onderwerp commentaar op de desbetreffende Principle gegeven. Op deze plaats wordt volstaan met enkele opmerkingen betreffende de mogelijke impact van de PTCP en de daarmee samenhangende vraag in hoeverre de PTCP een bruikbaar model zijn voor harmonisatie op het gebied van het IPR.

Voor de vraag naar de mogelijke invloed van de PTCP is allereerst van belang in welke gevallen de PTCP voor toepassing in aanmerking komen. Deze vraag is niet slechts voor het IPR van belang, en in de literatuur werd hieraan al op verschillende plaatsen aandacht besteed.⁸⁶ De toelichting vermeldt dat de PTCP in een passend instrument, zoals een wet of een verdrag kunnen worden geïmplementeerd.⁸⁷ Ook kunnen zij als model dienen voor de herziening van het nationaal procesrecht. Het lijkt niet aannemelijk dat Nederland dit zal doen, en veel ruimte is er op het gebied van het IPR ook niet. In veel gevallen zijn (dwingende) Europese regelingen toepasselijk, zoals de verordening Brussel I. Daarbuiten gelden ofwel Haagse verdragen, of is Rechtsvordering toepasselijk. De belangrijkste IPR-regels in de PTCP zien op de internationale bevoegdheid; Nederland heeft de in 2002 ingevoegde art. 1-14 Rv doelbewust afgestemd op Brussel I en implementatie van de PTCP op dit punt ligt dan ook niet voor de hand. Voor onderwerpen die in Nederland nog niet expliciet (wettelijk) geregeld zijn, zouden de PTCP wel een bescheiden rol kunnen spelen. Dit geldt met name voor de erkenning en tenuitvoerlegging. In enkele andere landen zouden de PTCP al enige voet aan de grond hebben gekregen, maar niet duidelijk is in hoeverre dit ook voor de IPR-bepalingen geldt.⁸⁸ Verder kunnen de PTCP als bron voor de harmonisatie van IPR-onderwerpen op wereldwijd niveau dienen. Met name de meer uitgewerkte bevoegdheidsregels zouden hierbij een rol kunnen spelen. Tot slot suggereren de opstellers van de PTCP dat deze regels ook door partijen in de context van een arbitrage of een rechtsgeding (ten dele) gekozen kunnen worden. Met betrekking tot arbitrage is het kiezen van toepasselijke procesrechtelijke (arbitrage)regels algemeen aanvaard. Ten aanzien van een procedure bij de overheidsrechter is deze ‘contractualisering’ van het procesrecht evenwel ongebruikelijk en ook discutabel.⁸⁹ Voor zover de openbare orde niet in het geding is, heb ik hiertegen geen principiële bezwaren, en ook in het kader van het Europees procesrecht is een zekere keuzevrijheid geïntroduceerd.⁹⁰ Als praktisch bezwaar geldt echter dat de PTCP vaak te vaag zullen zijn.⁹¹ Ook is het maar zeer de vraag of nationale gerechten zitten te wachten op toepassing van de PTCP, al kunnen die indirect als soft law mogelijk wel van invloed zijn bij de invulling

⁸⁶ Zie o.m. H.P. Glenn, ‘The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication?’, *Uniform Law Review* 2004-4, p. 838-845; F. Ferrand, ‘Les Principes ALI/UNIDROIT de procedure civile pour les litiges transnationaux en matière commerciale/The ALI/UNIDROIT Civil Procedure Principles for transnational disputes in commercial cases’, *RDAL/IBLJ* 2006, p. 28-34; K.D. Kerameus, ‘Scope of Application of the Principles of Transnational Civil Procedure’, in: P.M.M. van der Grinten en T. Heukels (ed.), *Crossing Borders. Essays in European and Private International Law, Nationality Law and Islamic Law in Honour of Frans van der Velden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 58.

⁸⁷ Comment P-A.

⁸⁸ Zie Ferrand 2006 (voetnoot 86), p. 22.

⁸⁹ Zie hierover o.m. Ferrand 2006 (voetnoot 86), p. 28-34; Glenn 2004 (voetnoot 86), p. 842-845.

⁹⁰ Zo kan de eiser in een voorkomend geval kiezen voor een nationale procedure of een Europese (betalingsbevel of small claims) procedure. Meer algemeen verschaft ook de mogelijkheid van een forumkeuze partijen een zekere vrijheid ten opzichte van het toepasselijke procesrecht.

⁹¹ Zie over de discussie m.b.t. een rechtskeuze voor bijvoorbeeld de UNIDROIT contract principles in het kader van Rome I T.H.M. van Wechem, ‘Rome I: Verscholen ingewikkeldheden’, *Preadvies Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2008, p. 18-20.

van bijvoorbeeld de normen voor een eerlijke of efficiënte rechtspleging. Voor het IPR komt daar nog bij dat enkele regels wel aan de soevereiniteit van een staat grenzen. De afbakening van de eigen bevoegdheid is daar een voorbeeld van, al is in de meeste landen voor handelsgeschillen de forumkeuze aanvaard, maar nog sterker geldt dit voor de bereidheid om buitenlandse beslissingen te erkennen en ten uitvoer te leggen. Hier valt voor partijen weinig te kiezen. Hetzelfde geldt welbeschouwd voor de rol van de rechter bij de vaststelling van het buitenlandse recht.

Bieden de PTCP in concreto een bruikbaar model voor harmonisatie? Wel waar het de (goede) intenties en uitgangspunten aangaat, maar slechts in geringe mate voor zover het de uitwerking betreft. De PTCP hebben voor het IPR een beperkte strekking en zijn zeer algemeen geformuleerd. Het uitgangspunt dat de rechter verantwoordelijk is voor de vaststelling van het buitenlandse recht moet mijns inziens worden toegejuicht en zal hopelijk in de lopende discussies in Brussel en Den Haag worden overgenomen. Ook het beginsel dat buitenlandse beslissingen worden erkend voor zover er sprake is van een fair trial en de beslissing niet strijdig is met de openbare orde in de staat van tenuitvoerlegging, is mijns inziens een goed uitgangspunt. Maar vernieuwend is het niet. Juist de modaliteiten en de grenzen van de openbare orde, zoals in het geval van 'punitive damages' leveren in de praktijk en bij harmonisatiepogingen discussies op en hier bieden de PTCP geen solas. Het meest uitgewerkt zijn de beginselen met betrekking tot de internationale bevoegdheid. Maar zoals uit de bespreking in het voorgaande blijkt, rijzen ook daar allerlei vragen. De opstellers hebben zich vooral laten inspireren door de voorstellen voor een Haags bevoegdheids- en executieverdrag, maar het lot daarvan is bekend. Er wordt een moedige poging gedaan de verschillen tussen de Common Law en Civil Law te overbruggen, maar enkele hete hangijzers waar de Haagse onderhandelingen onder meer op stuk liepen worden niet opge-[86]lost. Het systeem neigt meer naar de Common Law, met name waar het de aanvaarding van algemene normen en de (ongelimiteerde) *forum non conveniens* betreft, en de vraag is in hoeverre dit voor de Europeanen aanvaardbaar zal zijn. De hoop van Stürner dat 'perhaps the Principles may stimulate more favourable and practicable European legislation'⁹² is, vrees ik, wishful thinking in het licht van de Europese ontwikkelingen van de afgelopen jaren, die laten zien dat de touwtjes alleen maar nauwer worden aangetrokken.⁹³ Wel ben ik van mening dat de Principles het in ieder geval waard zijn om in de IPR-discussie en in het kader van harmonisatiepogingen in aanmerking te worden genomen.

⁹² Stürner 2005 (voetnoot 16), p. 219.

⁹³ Zie o.m. de arresten Gasser 2003 (voetnoot 31); Owusu 2006 (voetnoot 41), HvJ EG 27 april 2004, zaak C-159/02, *Jur.* 2004, I-3565, *NJ* 2007, 152 m.nt. PV (Turner); HvJ EG 10 februari 2009, C-185/07 (West Tankers).